ПБ Люблинский П.И.
70
Л-93
Процесс, как судебн. пор-к
Пгр. 1917 г.

ПБ
70
Л 93

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ СУДЕБНЫЙ ПОРЯДОКЪ,

и

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ ПРАВООТНОШЕНІЕ.

Изъ „Журнала Министерства Юстиціи“
(Январь 1917 г.).

ПЕТРОГРАДЪ
Сенатская Типографія
1917.

...ОТВА ЮСТИЦІИ»

...и августа, книгами въ объемѣ ...начинается съ января 1917 г.

...Узаконенія и распоряженія пра... ...вѣдомству Министерства Юсти... ...практической разработкѣ права ...удопроизводства, особенно гражданскаго и уголовнаго; 3) Обзоръ текущей судебной практики, систематическія извлеченія изъ рѣшеній Гражданскаго и Уголовнаго Кассаціонныхъ Департаментовъ и Общаго Собранія Правительствующаго Сената; 4) Литературное обозрѣніе: критическіе отзывы о новыхъ книгахъ и брошюрахъ, русскихъ и иностранныхъ, библіографическій указатель юридической литературы, русской и иностранной; 5) Обзоръ иностраннаго законодательства: свѣдѣнія о новыхъ законахъ и законопроектахъ въ иностранныхъ государствахъ; 6) Письма изъ Англіи.

Въ книгахъ „Журнала“ за 1916 годъ, между прочимъ, были напечатаны слѣдующія статьи, сообщенія и замѣтки.

Религіозныя преступленія по дѣйствующему русскому праву. Н. С. Тимашева.—Публичный порядокъ въ международномъ частномъ правѣ. М. И. Бруна.—Новая теорія уголовнаго процесса. П. И. Люблинскаго.—Основаніе политической власти (переводъ съ французской рукописи). А. Бертелеми.—Объ ограниченіи правъ защиты по вызову свидѣтелей. В. Случевскаго.—Участіе Императора Николая I въ кодификаціонной работѣ его царствованія. Г. Тельберга.—Мѣры соціальной защиты и наказаніе въ связи съ сущностью вины. Э. Я. Немировс... ...нгофа.—Юридичес... ...мирлова.— Исто... ...а. И. А. Блинов... ...І. Розина.— Учен... ...—О государствѣ, ...рѣнія. В. В. Ива... ...Участіе присяжн... ...ичъ.—Скрѣпа духо... ...и примѣненіи ... ...Змирлова.— Угол... ...и и Австро-Вен... ...сокъ стараго суде... ...енты Правитель... ...Я. Фукса.— Пре... ...омъ процессѣ. Т. М... ...рнаго надзора за п... ...наказаній по угол... ...а.—Крестьянское... ...сожитію. Д. П. Ко... ...летворяющаго треб... ...овленій. И. В. Ше... ...ятидесятилѣтняго... ...новъ въ свѣтѣ архи... ...ая разработка

Б
10
93

П. И. ЛЮБЛИНСКІЙ

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ СУДЕБНЫЙ ПОРЯДОКЪ,

И

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ ПРАВООТНОШЕНІЕ.

Изъ „Журнала Министерства Юстиціи“
Январь 1917 г.).

1996/3

ПЕТРОГРАДЪ
Сенатская Типографія
1917.

БИБЛИОТЕКА
ИНСТИТУТ КРАСНОЙ ПРОФЕССУРЫ
№ 12863

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ СУДЕБНЫЙ ПОРЯДОКЪ, И ПРОЦЕССЪ, КАКЪ ПРАВООТНОШЕНІЕ.

Статья моя „О новой теоріи уголовнаго процесса“ (Жур. Мин. Юст. 1916 кн. I) вызвала въ литературѣ живой откликъ. По поводу нея появились статьи нашихъ выдающихся процессуалистовъ: Н. Н. Розина („Къ вопросу о новой теоріи уголовнаго процесса“, Жур. Мин. Юст. 1916 г. кн. 2), А. Х. Гольмстена („Въ защиту процессуальной теоріи Бюлова“, Жур. Мин. Юст. 1916 г. кн. 9) и Н. Н. Полянскаго („Споръ о юридической природѣ уголовнаго процесса“, Юрид. Вѣстн. 1916 г. кн. III). Возникшая по поводу нея полемика нашла отзвукъ и въ иностранной литературѣ [1]).

[1]) Въ Ri ista Penale (aprile 1916 p. 522) появился краткій рефератъ о моей статьѣ и отвѣтѣ проф. Розина (Liuglio 1916), при чемъ авторъ его замѣчаетъ „что юридическія отношенія между судомъ и сторонами возможны на ряду съ другими процессуальными отношеніями“ и что „положеніе прокурора, какъ стороны, не проанализировано въ статьѣ“. Замѣчу здѣсь, что въ новѣйшей итальянской литературѣ вопросъ о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, нашелъ также нѣкоторое освѣщеніе. B. A l i m e n a (Procedura penale, v. I, Napoli; 1914, p. 50—51) указываетъ, что въ процессѣ развивается „прогрессивное юридическое отношеніе между субъектами процесса, которое имѣетъ два аспекта: одинъ—между спорящими, другой—между спорящими, съ одной стороны, и судьею, съ другой. Въ процессѣ обвинительномъ это послѣднее отношеніе наблюдается къ двумъ сторонамъ, въ процессѣ инквизиціонномъ—къ одной сторонѣ, именно обвиняемому. Спорнымъ является вопросъ о положеніи прокурора. Алимена рѣшаетъ его въ томъ смыслѣ, что съ точки зрѣнія организаціонной прокуратура не является стороной, такъ какъ она преслѣдуетъ цѣли и имѣетъ права, неизвѣстныя сторонѣ, но по своей функціи, противопоставляемой интересамъ обвиняемаго, она *дѣйствуетъ* какъ сторона. Проф. V. L a n z a (Principi di diritto processuale penale, Roma 1914, p. 30—39) возражаетъ противъ новой теоріи. Мы приведемъ въ сокращенномъ переводѣ его замѣчанія, которыя удачно допол-

Начавшійся споръ служитъ яркимъ симптомомъ того, что потребность выясненія научныхъ основъ процесса живо чувствуется въ настоящее время; она проявилась, несмотря на тяжелыя условія переживаемаго момента.

Я считаю своимъ долгомъ отвѣтить на тѣ критическія замѣчанія, которыя были сдѣланы по адресу высказанныхъ мною мыслей моими почтенными оппонентами. Положеніе мое, какъ критика сильной уважаемыми именами теоріи процессуальнаго отношенія, имѣетъ свои непріятныя стороны. Нѣкоторые изъ

няютъ сдѣланныя нами: „Различныя отношенія, проявляющіяся между лицами, дѣйствующими въ процессѣ, побудили нѣкоторыхъ теоретиковъ утверждать возможность пониманія процесса, какъ юридическаго отношенія между субъектами процесса. Это отношеніе понимается различно. По мнѣнію однихъ, оно происходитъ *между сторонами*; это воскрешаетъ античное представленіе о частной защитѣ, въ дѣйствительности же стороны между собою не имѣютъ взаимныхъ правъ и обязанностей, такъ какъ каждая сторона въ процессѣ подчиняется волѣ закона, а не волѣ участника процесса или соглашенію ихъ; такъ, подсудимый не подчиняется ни волѣ гражданскаго истца, ни волѣ прокурора. Другіе полагаютъ, что процессъ—это отношеніе *между судьею и сторонами*: судья обязанъ постановить рѣшеніе, а стороны имѣютъ право его требовать. Но пониманіе обязанностей судьи, какъ обязанностей по отношенію къ сторонамъ, весьма сомнительно: обязанность рѣшенія составляетъ основной смыслъ существованія самого судьи, функція судить столь же естественна, какъ и функція наказывать, она существуетъ не по отношенію къ сторонамъ, а по отношенію ко всѣмъ членамъ общества. Въ силу послѣдняго соображенія нѣкоторые считаютъ процессъ отношеніемъ *между судьею и государствомъ*, но такое представленіе, давая лишь скелетъ процесса, исключаетъ всякую возможность существованія процессуальныхъ отношеній между судьей и сторонами. Слѣдуетъ указать также, что при такой теоріи устраняются изъ процесса всѣ другіе процессуальные субъекты, дѣятельность которыхъ необходима для возникновенія и развитія процесса.—Въ дѣйствительности же обнаруживается невозможность построенія процесса, какъ юридическаго отношенія; здѣсь обязанности судьи и обязанности сторонъ не противостоятъ другъ другу; напр., нельзя доказать, что право на защиту является правомъ обвиняемаго *противъ* суда или противъ прокурора, или обязанность суда провозгласить рѣшеніе есть обязанность *въ пользу* прокурора или обвиняемаго, нельзя говорить, что судъ имѣетъ собственныя права по отношенію къ обвиняемому; говорить такъ можно въ вульгарномъ, но не въ научномъ смыслѣ. Процессъ, строго регулируемый нормами закона, большею частью принудительными и опредѣленными (rigide e obbligatorie), имѣетъ въ виду оградить право свободы обвиняемаго и обезпечить осуществленіе судьею его функціи обнаруженія истины въ дѣлѣ. Всѣ дѣйствующія въ процессѣ лица соучаствуютъ (concorre) въ образованіи судейскаго убѣжденія. Въ процессѣ *нѣтъ взаимныхъ правъ* и *обязанностей*, существуетъ только требованіе общаго повиновенія юридической нормѣ, которая точно опредѣляетъ соотвѣтствующее поведеніе".

моихъ критиковъ усмотрѣли въ моей попыткѣ освѣтить теоретическія предпосылки новаго направленія выступленіе противъ научнаго прогресса, „воскрешеніе того, что трудами авторитетныхъ ученыхъ, какъ негодное, ненужное, сдано въ архивъ“, призывъ къ возврату къ старой и „затхлой“ теоріи процесса, и съ вполнѣ оправдываемымъ научнымъ воодушевленіемъ сочли меня „разрушителемъ“, „отрицателемъ юридической природы процесса“, дерзнувшимъ подорвать „вѣру и надежду въ блестящее будущее теоріи Бюлова“. Соотвѣтственно съ этимъ моя спокойно и, какъ мнѣ думается, объективно написанная статья рисовалась какъ смѣлый вызовъ, написанный „безъ достаточной сдержанности по адресу авторитетныхъ противниковъ“, „безъ достаточной вдумчивости“ и „академичности выраженій“. И, хотя на долю автора выпадали и весьма лестныя замѣчанія, но за то было и не мало явныхъ и скрытыхъ выговоровъ. Относясь съ высокимъ уваженіемъ къ своимъ оппонентамъ, я менѣе всего хочу ставить въ упрекъ подобное отношеніе къ критику: оно свидѣтельствуетъ лишь о той научной привязанности, которая испытывается ими къ критикуемымъ положеніямъ и одно колебаніе которой воспринимается порою какъ боевой лозунгъ.

Возраженія моихъ научныхъ оппонентовъ я позволю себѣ разбить на двѣ части. Одни изъ нихъ направлены противъ моей критики теоріи процессуальнаго отношенія. Другія опровергаютъ мое ученіе о юридическихъ началахъ процесса. Въ виду экономіи изложенія, замѣчанія критиковъ мнѣ придется часто суммировать вмѣстѣ.

I.

Изложенное въ моей статьѣ критическое отношеніе къ новой теоріи вполнѣ раздѣляется Н. Н. Полянскимъ. Приводимыя имъ замѣчанія о процессѣ, какъ дѣятельности, о нецѣлесообразности изложенія уголовнаго процесса, какъ юридическаго отношенія (независимо отъ его неправильности), объ отсутствіи правоотношенія между судомъ и сторонами, лишь дополняютъ и развиваютъ изложенныя мною [1]). Съ однимъ только аргументомъ, приводимымъ

[1]) Въ своей новой статьѣ „Судъ въ правовомъ государствѣ и наука уголовнаго процесса“ (Юрид. Вѣсти. 1916 кн. IV, стр. 91) Н. Н. Полянскій, обходя непосредственное изложеніе своего взгляда на юридическую природу процесса, устанавливаетъ „два безспорныхъ положенія“: „1) уголовный процессъ въ правовомъ государствѣ скрываетъ въ себѣ цѣлую систему субъективныхъ

въ критической части моей статьи, Н. Н. Полянскій несогласенъ. Я указываю на то, что, при предположеніи существованія между судомъ и сторонами правоотношенія, весь процессъ превратился бы въ цѣпь самоуправныхъ дѣйствій (стр. 21 отд. отт.). Не возражая противъ самой характеристики этихъ дѣйствій, Н. Н. Полянскій указываетъ лишь на неубѣдительность этого соображенія, такъ какъ не всѣ права могутъ находиться подъ защитою суда: въ публичномъ правѣ возможно и самочинное осуществленіе правъ. Я нисколько не стану возражать противъ этого. Если я привелъ этотъ аргументъ, то только для того, чтобы показать, что при теоріи правоотношенія взглядъ на судъ, какъ на незаинтересованнаго посредника между сторонами, исчезаетъ; самъ судъ становится субъектомъ правоотношенія, и такимъ образомъ какъ-бы разрушается самая идея суда; процессъ же претворяется въ цѣпь самочинно осуществляемыхъ актовъ. Этого вывода не колеблютъ и замѣчанія проф. А. Х. Гольмстена по тому же вопросу (стр. 313). А. Х. Гольмстенъ указываетъ, что и новая теорія отрицаетъ исковой характеръ охраненія процессуальныхъ отношеній, а устанавливаетъ другіе способы охраны (приказъ, частную жалобу, апелляцію). Я вовсе и не пытался доказать, что сторонники этой теоріи признаютъ исковой способъ охраны: это явно противорѣчило бы правовой дѣйствительности. Я указывалъ лишь на это какъ на логическій выводъ изъ допущенія существованія подлинныхъ правоотношеній между судомъ и сторонами. Если сторонники новаго направленія не дѣлаютъ этого вывода, то ясно, что они придутъ къ взгляду на процессъ, какъ на цѣпь самоуправныхъ дѣйствій одного изъ субъектовъ правоотношенія [1]).

Проф. Н. Н. Розинъ въ началѣ своей статьи выясняетъ общее значеніе новой теоріи процессуальнаго отношенія. По его взгляду, „въ основу этой теоріи кладется то общее положеніе науки права,

---

публичныхъ правъ гражданъ“ (слѣдуетъ ссылка на мою статью, стр. 42), и, 2) „къ какому бы выводу мы ни пришли по вопросу о возможности конструировать процессъ, какъ юридическое отношеніе, мы должны признать, что самая наглядная сторона процесса заключается въ производствѣ, въ развивающейся дѣятельности суда и сторонъ“. Оба эти положенія заставляютъ насъ признать Н. Н. Полянскаго примыкающимъ къ тому же воззрѣнію на процессъ, которое изложено нами.

[1]) Проф. Н. Н. Розинъ (стр. 318) также признаетъ, что нормально конфликтъ рѣшается „одностороннимъ административнымъ актомъ того же суда“. Но этой „административной функціи“ онъ противопоставляетъ „юрисдикціонную“, объ этомъ см. ниже.

что центръ всѣхъ безъ исключенія правовыхъ явленій сосредоточивается въ отношеніи между субъектами права и обязанности. Внѣ этого отношенія или внѣ связи съ нимъ—нѣтъ правовой жизни". Англійская и французская наука только потому не пришли еще къ теоріи процессуальнаго отношенія, что онѣ еще не встали на путь чисто юридическаго изслѣдованія процессуальныхъ явленій [1]). Н. Н. Розинъ и въ моихъ работахъ находитъ мѣста, какъ бы отражающія идею процессуальнаго отношенія. Новая теорія „не внесла въ науку процесса такихъ элементовъ, которые были бы абсолютно чужды процессуалистамъ, стоящимъ на старой, классической точкѣ зрѣнія. Она лишь съ отчетливостью и ясностью использовала юридическую сущность изучаемаго явленія, выдѣлила эту сущность и координировала съ ней всѣ отдѣльныя явленія процессуальной жизни". Въ дальнѣйшемъ авторъ указываетъ на важное научное и судебно-политическое значеніе этого пониманія процесса. Онъ видитъ въ немъ силу, способствующую разрушенію господства розыскного начала въ процессѣ, установленію новыхъ задачъ процесса, выясненію самостоятельной природы процессуальныхъ институтовъ, утвержденію равенства сторонъ въ процессѣ и гарантій человѣческой личности (стр. 309—314).

Съ большинствомъ прекрасныхъ и благородныхъ мыслей проф. Розина я вполнѣ согласенъ и горячо ихъ привѣтствую. Не только въ своихъ прежнихъ работахъ, но и въ статьѣ о новой теоріи процесса я указывалъ, что цѣлью процесса должно быть постановленіе правосуднаго приговора, а не осуществленіе карательнаго права государства, что процессъ долженъ явиться надежной гарантіей правъ личности, что начало состязательности должно получить дальнѣйшее развитіе. Особенно настойчиво я подчеркивалъ (стр. 41—42) самостоятельную юридическую природу процессуальнаго отношенія по сравненію съ отношеніемъ матеріальнаго уголовнаго права. Вмѣстѣ съ Н. Н. Розинымъ я полагаю, что простое описаніе процессуальныхъ дѣйствій, безъ

---

[1]) Кстати, проф. Розинъ отмѣчаетъ, будто я, указывая на зарожденіе этой теоріи въ германской юриспруденціи, хочу тѣмъ самымъ указать, что новое направленіе „просто на просто идетъ по пути симпатій къ абстрактному теоретизированію, навѣянному намъ нѣмцами". „Модная, но не очень глубокая мысль",—замѣчаетъ Н. Н. Розинъ. Долженъ замѣтить, что этой мысли я нигдѣ въ своей статьѣ не высказалъ. Напротивъ того, подробный разборъ новой теоріи свидѣтельствуетъ о томъ серьезномъ значеніи, которое я придаю ей.

выясненія ихъ юридической природы, еще не создаетъ процессуальной науки и что въ процессѣ возникаютъ всевозможныя юридическія отношенія, важныя для юриста (стр. 24, 38). Но при всемъ этомъ я не склоненъ думать, что всѣ эти научныя и судебно-политическія положенія неизбѣжно связаны съ теоріей процесса, какъ процессуальнаго отношенія между судомъ и сторонами. Заслуга этой теоріи, нами не отрицаемая, состоитъ въ томъ, что она показала необходимость для юриста сознательно продумать вопросъ о юридической природѣ процесса. Но то рѣшеніе, которое дается ею,—сведеніе процесса къ прогрессирующему или подвижному правоотношенію между участниками процесса,—намъ кажется ошибочнымъ. Предлагаемое нами опредѣленіе процесса, какъ юридическихъ дѣйствій публичнаго порядка, есть также рѣшеніе вопроса о юридической структурѣ процесса, ибо юридическій фактъ есть категорія, связанная съ правовой жизнью самымъ тѣснымъ образомъ. Поэтому мы не можемъ принять и того упрека, который дѣлаетъ проф. А. Х. Гольмстенъ,—что теорія процессуальныхъ дѣйствій есть „чисто описательное изложеніе“, а монополія юридичности присуща только схемѣ Бюлова (стр. 303) [1]). Всѣ высказанныя выше мысли о значеніи состязательнаго порядка, о гарантіи правъ обвиняемаго, о цѣли процесса, о его самостоятельной природѣ,—вполнѣ укладываются въ рамки теоріи процесса, какъ регулируемаго закономъ публичнаго порядка юридическихъ дѣйствій.

Но перейдемъ къ болѣе частнымъ замѣчаніямъ проф. Розина. Онъ не отрицаетъ многочисленныхъ разногласій сторонниковъ

---

[1]) Всѣ построенія въ области административнаго права у французской школы построены на изученіи „административныхъ дѣйствій“ (actes juridiques). Въ своемъ сочиненіи—Les principes généraux du droit administratif (2 éd. 1914) проф. G. Jèse указываетъ, что и все публичное право имѣетъ своимъ основаніемъ обнаруженіе воли различныхъ органовъ, являющееся по своей природѣ юридическимъ актомъ. „La chose essentielle dans le droit, c'est l'acte juridique, à savoir la manifestation de volonté, en exercice d'un pouvoir légal, en vue de produire un effet de droit. Il en est ainsi dans toutes les branches de droit. C'est pourquoi l'étude de l'acte juridique est le préliminaire indispensable de toute étude. Il faut, avant d'exposer les institutions juridiques d'un pays fixer la terminologie, classer les actes juridiques au point de vue de la technique juridique. A cette condition seulement, il sera possible de procéder à des analyses précises et d'arriver à des résultats satisfaisants“ (p. 7). Его трудъ является превосходнымъ образчикомъ научной классификаціи юридическихъ актовъ въ области французскаго административнаго права. См. также построенную по этому методу книгу Berthelemy. Droit administratif. 1909.

новой теоріи по вопросу о существѣ юридическаго отношенія въ процессѣ, но полагаетъ, что эти разногласія—„результатъ индивидуальнаго мышленія, а порою даже вкуса и темперамента ученыхъ“. Въ угоду педагогическимъ задачамъ возможно порою примѣшивать къ стройному научному изложенію матеріалъ описательный или характеризующій другія стороны разсматриваемыхъ юридическихъ явленій. Этимъ объясняется то, что содержаніе отдѣльныхъ отдѣловъ не всегда точно соотвѣтствуетъ юридической схемѣ. Отступленіе отъ непреклонной стройности авторъ считаетъ даже болѣе предпочтительнымъ въ интересахъ педагогическихъ. А Н. Н. Полянскій считаетъ нецѣлесообразнымъ изложеніе процесса по схемѣ юридическаго отношенія въ учебникахъ даже въ томъ случаѣ, если признать процессъ юридическимъ отношеніемъ, такъ какъ внѣшняя сторона его (дѣйствія) представляетъ процессъ съ наиболѣе „наглядной“ стороны (стр. 83, см. также статью его въ Юр. Вѣстн. кн. IV, стр. 91).

Казалось бы, что задача всякой теоріи и, въ частности, теоріи процесса именно въ томъ и состоитъ, чтобы представить изучаемыя явленія въ видѣ наиболѣе отчетливомъ и легко усвояемомъ. Теорія координируетъ и осмысливаетъ матеріалъ, надъ которымъ она работаетъ. Между тѣмъ въ данномъ случаѣ мы видимъ какъ-бы обратное! къ теоретическому построенію нужно примѣшивать разнообразный иной матеріалъ, чтобы сдѣлать изложеніе „наглядным“ и удобнымъ въ „педагогическихъ“ цѣляхъ. Думается, что въ этомъ лежитъ серьезный показатель неудачности данной теоріи вообще.

Приведу одинъ примѣръ. Проф. Гольмстенъ, вопреки мнѣніямъ нѣкоторыхъ сторонниковъ новой теоріи, полагаетъ, что эта теорія охватываетъ и судоустройство, нормы котораго тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ нормами судопроизводства. Отрицаніе этой мысли онъ признаетъ „возвратомъ къ среднимъ вѣкамъ“. Проф. Розинъ указываетъ, что внесеніе нормъ судоустройства необходимо для „юридической обрисовки“ субъектовъ, участвующихъ въ процессѣ. Эта обрисовка должна показать точныя условія, при которыхъ субъекты отношенія обладаютъ своею процессуальной право- и дѣеспособностью. Провѣрка такой право- и дѣеспособности суда и сторонъ, дѣйствительно, происходитъ въ каждомъ дѣлѣ. Но каковы ея предѣлы? Для легитимаціи защитника требуется лишь заявленіе подсудимаго и принадлежность защитника къ числу лицъ, коимъ не воспрещено ходатайство по чужимъ дѣламъ (ст. 44, 656 уст.

угол. суд.). Въ какомъ отношеніи можетъ стоять къ такой легитимаціи субъекта сложный вопросъ объ организаціи адвокатуры? Для легитимаціи судей и прокуратуры требуется лишь фактъ состоянія въ должности и отсутствіе основаній, изложенныхъ въ ст. 600, 608, 709, 693 уст. угол. суд. На этой почвѣ опять-таки не построить системы судовъ и организаціи прокуратуры. Но, если бы мы усвоили себѣ самое широкое пониманіе легитимаціи, на которомъ, повидимому, стоятъ оба автора, полагая, напр., что въ вопросъ о законной правоспособности суда входятъ частные вопросы о томъ, правильно ли судья назначенъ, не уволенъ ли онъ, компетентенъ ли онъ на разсмотрѣніе даннаго дѣла и т. д., то всѣ эти вопросы, разсматриваемые съ такой точки зрѣнія, отнюдь не будутъ изложеніемъ нормъ судоустройства, а лишь изученіемъ правоспособности отдѣльнаго лица. Правила судоустройства будутъ имѣть для этого такое же значеніе, какъ и правила любыхъ другихъ юридическихъ дисциплинъ. Такъ, напр., условіемъ процессуальной легитимаціи является, чтобы судья не былъ опекуномъ или ближайшимъ наслѣдникомъ одного изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ (ст. 600). Но слѣдуетъ ли изъ этого, что нормы гражданскаго права объ опекунствѣ и наслѣдованіи должны быть излагаемы въ процессѣ, какъ основанія, могущія вліять на легитимацію? Или, если ст. 212 уст. угол. суд. указываетъ, что судьи назначаются Высочайшей властью, то слѣдуетъ ли считать, что основные законы, опредѣляющіе порядокъ наслѣдованія престола, права и преимущества верховной власти и т. д., должны быть разсматриваемы какъ нормы, относящіяся къ легитимаціи и подлежащія внесенію въ науку процесса? Проф. Розинъ замѣчаетъ по этому вопросу: „до какихъ предѣловъ долженъ доходить этотъ объемъ,—есть дѣло юридической логики, практической необходимости и научнаго такта“ (стр. 317). Едва-ли съ помощью такихъ неопредѣленныхъ критеріевъ можно рѣшать вопросъ о предѣлахъ содержанія науки. Несомнѣнно, что каждое постановленіе закона тѣснымъ образомъ связано съ совокупностью юридическихъ нормъ правопорядка. Но каждая частная юридическая дисциплина должна ясно намѣтить границы своего изученія, руководясь не субъективными склонностями отдѣльныхъ ученыхъ, а природой своего предмета. Знаніе судоустройства необходимо процессуалисту для пониманія судебнаго порядка, а не для установленія легитимаціи участвующихъ въ процессѣ субъектовъ. Принципы судебной организаціи покоятся на глубокихъ соображеніяхъ публичной политики и только въ ихъ освѣщеніи могутъ быть понятны. Съ точки же

зрѣнія формальной легитимаціи совершенно безразлично: какъ увольняется судья, по собственному ли прошенію или въ дисциплинарномъ порядкѣ, пользуется ли онъ несмѣняемостью, или нѣтъ, подлежитъ ли надзору Министерства Юстиціи и т. д.; здѣсь важенъ формальный титулъ, а не принципъ, на которомъ построена норма публичнаго строя.

Я думаю, что не только „педагогическія соображенія“, но и здоровое чутье публициста удерживаетъ многихъ сторонниковъ новой теоріи отъ того, чтобы всецѣло излагать процессъ по схемѣ юридическаго отношенія. Это сказалось, напр., на такомъ корифеѣ публичнаго права, какъ Биндингъ, который, ограничившись въ началѣ своего курса уголовнаго процесса изложеніемъ существа теоріи процессуальнаго отношенія, въ дальнѣйшемъ развитіи курса сталъ на путь изложенія процессуальныхъ дѣйствій.

Наиболѣе удачными у сторонниковъ новаго направленія обыкновенно являются отдѣлы объ обвиненіи и гражданскомъ искѣ, или о „предположеніяхъ процесса“. Объясняется это тѣмъ, что и они признаютъ за уголовнымъ и гражданскимъ искомъ характеръ „юридическихъ фактовъ“ (ср. у проф. Гольмстена, стр. 322, 323) и соотвѣтственно съ этимъ излагаютъ ихъ. Такая система изложенія, широко освѣщающая юридическую природу процесса, вовсе не связана съ теоріей процессуальнаго отношенія. Этотъ методъ изложенія усвоилъ, напр., И. Я. Фойницкій въ своемъ „Курсѣ“ (т. II), нисколько не находясь подъ вліяніемъ этой теоріи. Такой методъ есть прямое отраженіе взгляда, котораго придерживаемся и мы, что процессуальныя дѣйствія суть по своей природѣ именно юридическіе факты. Обстоятельства, вліяющія на возбужденіе, пріостановленіе, прекращеніе обвиненія, суть типическіе примѣры процессуальныхъ дѣйствій (и событій), и изученіе ихъ какъ юридическихъ фактовъ („предпосылокъ процесса“) даетъ весьма цѣнные результаты для догматической разработки науки.

Мы подошли здѣсь къ вопросу, который, на нашъ взглядъ, является центральнымъ въ настоящемъ спорѣ. Представляютъ-ли собою процессуальныя дѣйствія объектъ правъ и обязанностей суда и сторонъ, или же они суть опредѣленная категорія юридическихъ дѣйствій (фактовъ)? Отъ рѣшенія этого вопроса зависитъ уясненіе очень многихъ разногласій между моими почтенными критиками и мною. Проф. Розинъ, процитировавъ слова А. Х. Гольмстена о томъ, что „объектомъ права и обязанности не можетъ быть не что иное какъ дѣйствіе“, замѣчаетъ: „самое совершеніе дѣйствія есть

чистый юридическій актъ, на который управомоченъ или къ которому обязанъ опредѣленный субъектъ. Этотъ актъ является, такимъ образомъ, объектомъ правоотношенія между процессуальными субъектами, такъ какъ соотвѣтствуетъ праву на дѣйствіе и обязанности къ дѣйствію названныхъ субъектовъ" (стр. 322). Оспаривая мое утвержденіе, проф. Розинъ замѣчаетъ: „Какой же „фактъ", порождающій юридическія отношенія", представляютъ всѣ названныя дѣйствія, когда юридическое отношеніе существовало до возникновенія самаго факта и само породило этотъ „фактъ"? Проф. Гольмстенъ посвящаетъ нѣсколько страницъ (323—326) разсмотрѣнію этого вопроса. На мое замѣчаніе о томъ, что сторонниками новой теоріи одно и то же дѣйствіе (напр., жалоба или предложеніе прокурора) разсматривается то какъ юридическое предположеніе процесса (юридическій фактъ), то какъ само процессуальное отношеніе (въ чемъ я усматриваю недостаточную отчетливость въ разграниченіи обоихъ понятій), проф. Гольмстенъ замѣчаетъ, что только нѣкоторыя процессуальныя дѣйствія обладаютъ такимъ двойственнымъ характеромъ. Таковы суть основанія возникновенія и прекращенія процесса. Но онъ тутъ же признаетъ, что „въ побочныхъ отношеніяхъ имѣются свои основанія" (которыя, позволю себѣ замѣтить, весьма многочисленны: изъ нихъ созданъ весь процессъ). Проф. Гольмстенъ беретъ приводимый мною примѣръ (ст. 323). „Сторона проситъ о вызовѣ и допросѣ свидѣтеля,—это съ точки зрѣнія проф. Люблинскаго „юридическій фактъ". Ближайшимъ образомъ въ порождаемое имъ юридическое отношеніе входитъ право или обязанность суда, какъ угодно, вызвать свидѣтеля; судъ его вызываетъ, но вѣдь это опять „юридическій фактъ", порождающій-де, ближайшимъ образомъ, обязанность свидѣтеля явиться, но вѣдь это опять „юридическій фактъ", изъ котораго вытекаетъ обязанность суда потребовать привода его къ присягѣ, свидѣтель получаетъ право на вознагражденіе и т. д., и т. д. Вдумываясь въ этотъ, да и въ любой примѣръ, построенный по схемѣ проф. Люблинскаго, удивляешься, какъ могло ускользнуть отъ вниманія послѣдняго неизмѣнно однообразное соотвѣтствіе между ближайшимъ юридическимъ эффектомъ даннаго „факта" и самимъ фактомъ: гдѣ эффектъ этотъ заключается въ установленіи правъ, тамъ „фактъ" является дѣйствіемъ, совершеннымъ во исполненіе обязанностей, и, наоборотъ, гдѣ эффектъ заключается въ установленіи обязанности, тамъ „фактъ" является дѣйствіемъ, совершеннымъ въ осуществленіе права. Сторона проситъ о вызовѣ свидѣтеля, ближайшій эффектъ—обязан-

ность суда вызвать свидѣтеля, и соотвѣтствующій этому эффекту „фактъ", просьба о вызовѣ, является осуществленіемъ права просить о вызовѣ и т. д. Спрашивается, какое имѣется основаніе прикрывать дѣйствительность, уже давно опознанную, искусственнымъ щитомъ: но щитъ оказался прозрачнымъ, и дѣйствительность стала очевидной. Эти „факты" суть не что иное, какъ объекты правъ или обязанностей".

Сдѣлавъ этотъ выводъ, проф. Гольмстенъ далѣе указываетъ, что „сама жизнь допускаетъ одновременно двойственный характеръ юридическихъ явленій. Въ данный моментъ совершается дѣйствіе, являющееся и фактомъ, правопроизводящимъ или правопрекращающимъ, и объектомъ этихъ правъ. Оба характера даннаго дѣйствія реально разграничить нѣтъ возможности". Подобные случаи, какъ отдѣльные, обособленные, мы находимъ и въ гражданскомъ правѣ (выдача задатка, уплата долга), и въ процессахъ гражданскомъ и уголовномъ (предъявленіе иска, подача жалобы, постановленіе судебнаго рѣшенія).

Если принять точку зрѣнія проф. Гольмстена, что такая двойственность явленій есть вещь сравнительно рѣдкая, то, быть можетъ, пришлось бы примириться съ этими аномаліями и не стараться „насильственно вдвигать дѣйствительность въ апріорно построенныя рамки". Но я позволю себѣ утверждать, что съ точки зрѣнія ученія, признающаго объектомъ правъ и обязанностей „дѣйствія", эта двойственность не есть аномалія, а характерна почти для каждаго юридическаго отношенія. Я нанялъ рабочаго для работы: исполненіе работы, являющееся объектомъ обязанности рабочаго, служитъ юридическимъ фактомъ, создающимъ у него право на полученіе вознагражденія; уплата ему вознагражденія, являющаяся реализаціей моей обязанности, служитъ фактомъ, прекращающимъ существовавшее между нами правоотношеніе. Въ уголовномъ правѣ любое воспрещаемое закономъ дѣяніе служитъ и объектомъ обязанности воздержанія, и, при реализаціи, юридическимъ фактомъ, порождающимъ право на наказаніе. Въ процессуальномъ правѣ тѣ примѣры, которые я привелъ и которые разсмотрѣны проф. Гольмстеномъ, показываютъ, что реализація того или иного права или обязанности стороны является юридическимъ фактомъ для новыхъ правъ и обязанностей. Такъ, напр., при наличности законнаго повода и достаточнаго основанія слѣдователь обязанъ начать предварительное слѣдствіе. Реализація этой обязанности создаетъ рядъ новыхъ юридическихъ послѣдствій. При наличности условій ст. 419

слѣдователь имѣетъ право заключить подъ стражу обвиняемаго, реализація этого права создаетъ для слѣдователя рядъ обязанностей, а для обвиняемаго рядъ обязанностей и правъ, и т. д.

Если „двойственность правовыхъ явленій“ не есть исключеніе, а встрѣчаемое на каждомъ шагу явленіе, то какъ объяснить ее? У моего уважаемаго оппонента я не нахожу этого объясненія. Онъ предлагаетъ мириться съ нимъ, какъ съ аномаліей. Между тѣмъ, думается мнѣ, такая двойственность совершенно исчезаетъ, если правильно разграничить понятіе „объекта“ и понятіе „юридическаго факта“. Здѣсь я долженъ снова сослаться на положенія проф. Л. І. Петражицкаго, которыя я имѣлъ въ виду въ своей статьѣ. Дѣйствіе, какъ таковое, есть явленіе дѣйствительности, нѣкоторый фактъ. Въ качествѣ такового оно не можетъ входить въ содержаніе психическихъ правовыхъ переживаній. Когда мы говоримъ, что мы обязаны или имѣемъ право сдѣлать то-то или воздержаться отъ того-то, мы имѣемъ въ виду лишь опредѣленныя *представленія* объ извѣстныхъ дѣйствіяхъ, и, какъ тонко замѣчаетъ проф. Петражицкій, объектами правъ и обязанностей являются не сами дѣйствія, а представленія о нихъ, или акціонныя представленія [1]). Реализація дѣйствія есть фактъ, иногда релевантный, иногда нерелевантный съ правовой точки зрѣнія. Я имѣю право свободы передвиженія, во исполненіе этого права я выхожу изъ дома погулять, это—реализація права, нерелевантная съ правовой точки зрѣнія, но, если въ осуществленіе того же права я пріѣду въ другой городъ, то изъ такой реализаціи возникнетъ обязанность для мѣстныхъ властей терпѣть мое присутствіе, прописать меня и т. д. Сторона имѣетъ право избрать себѣ защитника. Реализація этого права создаетъ для суда обязанность допустить защитника къ участію въ процессѣ. Здѣсь нѣтъ правоотношенія между обвиняемымъ и судомъ въ томъ смыслѣ, что обвиняемый имѣетъ право, а обязаннымъ по отношенію къ обвиняемому является судъ. Здѣсь реализація права обвиняемаго является лишь юридическимъ фактомъ для возникновенія опредѣленныхъ обязанностей у суда. Процессъ движется и развивается посредствомъ опредѣленнаго ряда дѣйствій, представляющихъ собою реализацію правъ и обязанностей различныхъ органовъ и лицъ. Судъ, прокуроръ, потерпѣвшій, обвиняемый, полиція имѣютъ свои права и свои обязанности, опредѣляемыя порою не процессуальнымъ, а государственымъ, административнымъ, уголов-

---

[1]) Теорія права и государства, т. II, 1907, стр. 422.

нымъ и инымъ правомъ; изъ реализаціи этихъ правъ и обязанностей, происходящей въ опредѣленномъ порядкѣ, и возникаетъ процессъ, какъ извѣстная цѣпь юридическихъ дѣйствій. Если мы будемъ имѣть въ виду дѣйствія не какъ реализацію правъ, а какъ представляемые объекты правъ и обязанностей участниковъ процесса, то мы получимъ не дѣйствительный процессъ, а только тѣнь его: процессъ, какъ совокупность какихъ-то потенцій. Я не стану нисколько отрицать, что процессуалисту на каждомъ шагу приходится останавливаться на вопросѣ о содержаніи правъ и обязанностей лицъ и органовъ, участвующихъ въ процессѣ. Задачей каждаго юриста является выясненіе юридическихъ послѣдствій (т. е. правъ и обязанностей), которыя создаютъ для различныхъ лицъ юридическіе факты. Большинство практическихъ споровъ въ судахъ происходитъ именно на этой почвѣ. Но эти права и обязанности не создаютъ процесса, они возникаютъ, измѣняются и прекращаются въ процессѣ, процессъ же, это—порядокъ, создающій, измѣняющій и прекращающій ихъ. Теорія процессуальнаго отношенія, не учитывая этого, самый процессъ превращаетъ въ совокупность правъ и обязанностей, и вслѣдствіе этого процессъ теряетъ свою реальность, а сохраняются лишь представленія о различныхъ лицахъ и органахъ, надѣленныхъ различными процессуальными потенціями.

Резюмируемъ сказанное. Теорія права не можетъ мириться съ „двойственностью правовыхъ явленій“, она ясно проводитъ различіе между „фактомъ“, какъ явленіемъ дѣйствительности, и „объектомъ правоотношенія“, какъ нѣкоторымъ представленіемъ о возможномъ дѣйствіи. Процессуальныя дѣйствія, представляемыя въ своей потенціи, могутъ быть объектомъ самыхъ разнообразныхъ правъ и обязанностей, но процессъ не создается изъ такихъ потенцій. Въ основаніи его лежатъ подлинныя дѣйствія, имѣющія характеръ юридическихъ фактовъ, подчиненныя извѣстному порядку и представляющія большею частью реализацію различныхъ процессуальныхъ правъ и обязанностей [1]).

---

[1]) Проф. А. Х. Гольмстенъ указываетъ, что моя теорія „процесса, какъ упорядоченной цѣпи юридическихъ фактовъ“, сложилась „подъ сильнымъ вліяніемъ одного изъ легкомысленнѣйшихъ германскихъ ученыхъ, Колера“ (стр. 323, повторено на стр. 328). Въ своей статьѣ я ссылаюсь на книгу Kohler—Processals Rechtsverhältniss 1888, лишь въ одномъ мѣстѣ по поводу рекомендуемаго имъ названія „юридическіе акты“, при чемъ отвергаю этотъ терминъ. Я не стану входить въ обсужденіе научной характеристики Колера, но замѣчу лишь, что

Въ связи съ разсмотрѣннымъ стоитъ и другой вопросъ, вызвавшій рядъ замѣчаній со стороны моихъ уважаемыхъ критиковъ. Между кѣмъ происходятъ возникающія въ процессѣ правоотношенія? Ни проф. Розинъ, ни проф. Гольмстенъ не отрицаютъ высказаннаго мною утвержденія, что въ процессѣ возникаютъ многообразныя юридическія отношенія, субъектами которыхъ являются не только судъ и стороны, но и различныя участвующія въ процессѣ лица (свидѣтели, эксперты, полиція и т. д.). Но они указываютъ, что процессуалистъ долженъ сосредоточить свое вниманіе на главныхъ, а не побочныхъ отношеніяхъ, которыми являются отношенія суда и сторонъ. „Судебные органы—пишетъ проф. Розинъ—осуществляютъ рядъ ввѣренныхъ имъ государствомъ функцій. Центральная изъ этихъ функцій, выполняющая основныя задачи и цѣли процесса и опредѣляющая его юридическую природу, — функція *юрисдикціонная*, т. е. направленная на разрѣшеніе судомъ спора о правѣ. Ея осуществленіе слагается изъ *дѣятельности* (курсивъ мой) трехъ субъектовъ: суда и двухъ спорящихъ сторонъ. Всѣ остальныя судебныя мѣропріятія, всѣ остальныя отношенія суда къ другимъ лицамъ и органамъ направляются на служеніе этой главной функціи, возникаютъ и совершаются по поводу нея. Съ юридической стороны они являются осуществленіемъ *административной* функціи суда“ (стр. 317—318). Проф. Гольмстенъ, признавая вѣрность этой характеристики, лично къ ней не присоединяется, такъ какъ „она не указываетъ начала, объединяющаго эти отношенія“. Мысль проф. Розина, и на нашъ взглядъ, является совершенно вѣрной; дѣйствительно, слѣдуетъ различать юрисдикціонные

послѣ замѣчанія проф. Гольмстена я вновь пересмотрѣлъ его книгу, чтобы удостовѣриться, нѣтъ ли у меня безсознательныхъ заимствованій или случайныхъ совпаденій, и не нашелъ въ ней *ни одного* сколько нибудь аналогичнаго положенія съ моими. Начать съ того, что Колеръ является сторонникомъ теоріи процессуальнаго отношенія и опредѣляетъ процессъ, какъ сложное правоотношеніе между сторонами, на которое все время вліяютъ новые правовые акты (стр. 2, 7); онъ отрицаетъ, далѣе, общую цѣль процесса (3) и возражаетъ противъ пониманія его какъ цѣпи юридическихъ сдѣлокъ (4—5); стороны, по его мнѣнію, не участвуютъ въ публично-правовой дѣятельности суда, а ведутъ борьбу между собою (6—8). Характеръ юридической сдѣлки Колеръ (какъ и проф. Гольмстенъ) признаетъ лишь за возбужденіемъ иска (35—41).

Кстати, съ именемъ Колера связанъ и другой упрекъ, сдѣланный мнѣ критиками. Я указывалъ, что Колеръ впервые выступилъ съ примѣненіемъ теоріи процессуальнаго отношенія къ уголовному процессу. Н. Н. Полянскій указываетъ, что еще ранѣе мысль эта была высказана Кризомъ (71), а А. Х. Гольмстенъ относитъ ее къ самому Бюлову (стр. 302). Я охотно признаю эти поправки.

и распорядительные (я предпочелъ бы этотъ терминъ термину „административные“) акты суда. Но, какъ всякій можетъ удостовѣриться, вчитавшись въ цитированныя нами слова проф. Розина, онъ самъ говоритъ о юрисдикціонныхъ *функціяхъ* и о томъ, что онѣ слагаются изъ *дѣятельности* суда и сторонъ. Это дѣленіе есть дѣленіе юридическихъ дѣйствій, а не правоотношеній. Для выдѣленія особаго рода правоотношеній изъ всей массы ихъ, существующей въ процессѣ, это дѣленіе непригодно, такъ какъ оно проводится совершенно въ иной плоскости [1]).

По поводу критическихъ замѣчаній о томъ, что въ схему процесса, какъ юридическаго отношенія, не умѣщаются многія стадіи уголовнаго судопроизводства, проф. Розинъ (къ которому въ этомъ отношеніи присоединяется и проф. Гольмстенъ, стр. 305), указываетъ, что чисто розыскное судопроизводство есть лишь теоретическое обобщеніе, въ жизни никогда не существовавшее. Всегда обвиняемый имѣлъ какія либо права. Поэтому нельзя говорить, что извѣстныя формы процесса не умѣщаются въ схему процесса, какъ юридическаго отношенія, онѣ умѣщаются въ эту схему лишь съ нѣкоторымъ трудомъ, превращая это отношеніе, напр., изъ трехсторонняго въ двухстороннее (стр. 319). Мысль почтеннаго оппонента о томъ, что и въ инквизиціонномъ процессѣ обвиняемый пользовался хотя бы небольшими правами, совершенно справедлива, и потому, дѣйствительно, здѣсь можно было бы говорить о правахъ обвиняемаго (вопреки распространенному часто взгляду, что обвиняемый въ розыскномъ процессѣ являлся „объектомъ“, а не „субъектомъ“ процесса). Но дѣло въ томъ, что и историческій и совре-

---

[1]) Замѣтимъ, кстати, что содѣйствіе сторонъ вовсе не является необходимымъ признакомъ юрисдикціонной функціи. Prof. G. Jèse, въ главѣ, посвященной характеристикѣ юридической природы юрисдикціоннаго акта, пишетъ: „L'acte juridictionnel est la manifestation de volonté, en exercice d'un pouvoir légal, qui a pour objet de constater une situation juridique (générale ou individuelle) ou des faits (p. 32). Peu importent les formes, suivies pour l'acte. D'ordinaire, l'acte juridictionnel est accompli d'après certaines formes, au premier rang desquelles nous trouvons en France le débat contradictoire, la publicité. Il est désirable, au point de vue politique, que l'acte juridictionnel ne soit accompli qu'avec certaines formes qui donneront aux justiciables les plus serieuses garanties; toutefois ces formes ne constituent pas un élement essentiel de l'acte juridictionnel au point de vue de la technique juridique. Il y a beaucoup d'autres actes juridiques pour lesquels il importe qu'il y ait débat contradictoire et publicité: loi, nomination de fonctionnaire (concours), révocation, etc. Le fait que le legislateur exige, pour l'accomplissement d'un acte juridique, les formes usitées pour l'acte juridictionnel, ne change pas la nature de cet acte“. Principes de droit administratif, 1914 (p. 33).

менный процессъ знаютъ такія стадіи, которыя протекаютъ безъ всякаго участія обвиняемаго. Таково теперь дознаніе, такимъ можетъ быть предварительное слѣдствіе въ случаѣ ненахожденія или неоткрытія обвиняемаго, таково преданіе суду; съ другой стороны, стадія исполненія приговора можетъ протекать безъ участія суда. Оспаривать отношеніе этихъ стадій къ уголовному процессу едва-ли возможно, а между тѣмъ здѣсь нельзя говорить и о двустороннемъ отношеніи. Правда, могутъ указать, что въ дознаніи, предварительномъ слѣдствіи, преданіи суду участвуетъ прокуратура, но до открытія судебнаго слѣдствія прокуратура не является стороной, она лишь органъ наблюденія.

Предвидя, вѣроятно, подобное замѣчаніе, проф. Розинъ далѣе указываетъ на возможность въ жизни различныхъ „аномалій“, съ которыми теорія не должна считаться. Такую аномалію и представляютъ пережитки розыскного судопроизводства, уходящіе своими корнями въ глубь средневѣковья. Проф. Гольмстенъ тоже говоритъ „объ уродливыхъ явленіяхъ“ въ жизни (стр. 317), къ которымъ относитъ пережитки розыскного процесса. Съ такимъ отношеніемъ теоретика къ явленіямъ правовой дѣйствительности нельзя согласиться. Теорія не можетъ „считать себя свободной“ отъ тѣхъ или иныхъ явленій потому, что признаетъ ихъ „аномаліями“. Мы можемъ оцѣнивать явленіе какъ аномалію или уродливость лишь съ точки зрѣнія правовой политики, но не теоріи. Послѣдняя лишь обобщаетъ и систематизируетъ явленія.

Интересной является попытка, предложенная проф. Гольмстеномъ для юридической систематизаціи предварительныхъ стадій процесса (дознанія, предварительнаго слѣдствія и преданія суду). Эти три института, по его мнѣнію, входятъ въ составъ одного сложнаго: предъявленія уголовнаго иска, иными словами, они являются основаніемъ къ возникновенію процесса, какъ юридическаго отношенія. При такой характеристикѣ самый процессъ сужается до предѣловъ только одного окончательнаго производства (предварительныя стадіи суть только его „предположенія“), съ чѣмъ едва-ли согласится кто либо изъ процессуалистовъ. Какъ примирить съ такимъ пониманіемъ и тотъ фактъ, что обвиненіе возбуждается уже на предварительномъ слѣдствіи? Преданіе суду формулируетъ лишь окончательное обвиненіе, но уголовный искъ возникаетъ при самомъ зарожденіи дѣла, и разсматривать предварительныя стадіи процесса, какъ „предположенія“ уголовнаго иска, равносильно было бы утвержденію, что „предположеніе“ слѣдуетъ за послѣдствіемъ, а не предшествуетъ ему.

Проф. А. Х. Гольмстенъ въ своей статьѣ детально останавливается почти на каждомъ моемъ утвержденіи, и въ результатѣ почти ни съ однимъ изъ нихъ не соглашается. Къ сожалѣнію, за недостаткомъ отведеннаго мнѣ мѣста, я лишенъ возможности здѣсь отвѣтить съ такою же подробностью. Глубокое уваженіе мое къ проф. А. Х. Гольмстену, какъ моему учителю и авторитетному ученому, заставляетъ меня въ самомъ началѣ указать, что несогласіе мое съ взглядами на природу процесса, изложенными въ его „Учебникѣ", научныхъ работахъ и въ критической статьѣ по поводу моей работы, не есть результатъ научной легкомысленности или косности мысли. Изученіе курса проф. Гольмстена заставило меня, еще студентомъ, задуматься надъ этой теоріей, и въ теченіе 15 лѣтъ научной и преподавательской работы въ области процесса мнѣ неоднократно приходилось продумывать отдѣльныя предпосылки ея. Я счелъ себя въ правѣ выступить противъ нея лишь тогда, когда въ той области, гдѣ я считалъ себя сравнительно компетентнымъ—въ области уголовнаго процесса,—она стала находить у насъ распространеніе. Многое въ моихъ замѣчаніяхъ кажется проф. А. Х. Гольмстену непониманіемъ „элементарныхъ" вещей (стр. 311, 313, 308 и др.), но смѣю думать, что самъ уважаемый оппонентъ не сталъ бы посвящать обширной критической работы тѣмъ возраженіямъ, которыя являются лишь продуктомъ смѣшенія элементарныхъ понятій.

Многія изъ возраженій проф. Гольмстена я разсматриваю совмѣстно съ замѣчаніями, сдѣланными мнѣ другими оппонентами. Но есть нѣкоторыя стороны, на которыхъ онъ останавливается только одинъ. Мое замѣчаніе о томъ, что новой теоріи не удалось построить надлежащаго ученія объ объектѣ процессуальнаго отношенія, признается и проф. Гольмстеномъ. Его замѣчанія направлены больше противъ проф. Розина, чѣмъ противъ меня. Онъ высказываетъ лишь вѣру въ то, что такое ученіе „несомнѣнно было бы выработано, если бы было поменьше легкой, квази-разрушительной критики и побольше трудной положительной работы". Но теорія процессуальнаго отношенія существуетъ уже почти полвѣка и отнюдь не можетъ пожаловаться на недостатокъ работниковъ, а что касается критики, то, мнѣ кажется, она могла бы только способствовать, а не препятствовать работѣ. Причина невозможности такого построенія лежитъ глубже,— въ неправильномъ отождествленіи дѣйствій процесса съ его объектомъ. Далѣе проф. Гольмстенъ упрекаетъ Н. Н. Розина и меня въ свободномъ

обращеніи съ терминами „статики“ и „динамики“ примѣнительно къ процессу. Онъ указываетъ даже источники, изъ которыхъ можно почерпнуть правильныя свѣдѣнія объ этихъ терминахъ. Долженъ замѣтить, что эти термины были внесены въ процессуальную литературу И. Я. Фойницкимъ (Курсъ, I, 1896, стр. 60) и нашли здѣсь широкое примѣненіе не какъ строго научные, а какъ удобные по своей выразительности. Никакихъ выводовъ изъ существа этихъ терминовъ мною не дѣлается; я лишь въ одномъ мѣстѣ (стр. 27 отд. отт.) употребляю выраженіе „динамика процесса“, которое охотно могу замѣнить выраженіемъ „движеніе процесса“. Особенно подробно проф. Гольмстенъ останавливается на IV главѣ моей статьи, въ которой указывается, къ какимъ несообразностямъ приводитъ предположеніе о наличности правоотношеній между судомъ и сторонами. Я указывалъ, что судъ и стороны являются не противостоящими другъ другу субъектами, а соучастниками въ тѣхъ же правахъ и обязанностяхъ, т. е. обладаютъ аналогичными правами по изслѣдованію дѣла, пополненію доказательствъ, освѣдомленности о ходѣ производства и т. д. Мой почтенный критикъ отсюда выводитъ, что я признаю полное *тождество* этихъ правъ и обязанностей, и затѣмъ подробно указываетъ, что эти права не тождественны и даже не однородны. Я не имѣю возможности детально разсмотрѣть каждый примѣръ, слѣдуя за критикомъ, но замѣчу лишь, что я вовсе не имѣлъ въ виду тождества этихъ правъ, а лишь аналогичность ихъ. Естественно, что судъ, какъ публичный органъ, надѣленъ большими правами въ области изслѣдованія дѣла, да и права самихъ сторонъ часто неодинаковы (напр., права прокуратуры и обвиняемаго по вызову свидѣтелей), и потому, если оказывается, что судъ имѣетъ право „допроса“ свидѣтелей, а стороны могутъ лишь предлагать имъ „вопросы“, то это не колеблетъ положенія, что допросъ осуществляется судомъ совмѣстно съ сторонами, или, если судъ имѣетъ право въ цѣляхъ освѣдомленія о дѣлѣ требовать свѣдѣній отъ всѣхъ должностныхъ лицъ, а стороны—лишь отъ опредѣленныхъ исполнительныхъ органовъ суда, то это не колеблетъ утвержденія, что право на освѣдомленность принадлежитъ какъ суду, такъ и сторонамъ. Равнымъ образомъ и другое мое утвержденіе о томъ, что права суда совпадаютъ съ его обязанностями, а порою и обязанности стороны являются ея правами, вызываетъ во второй своей части возраженія проф. Гольмстена. Я привожу примѣръ явки сторонъ на судъ и дачи показаній стороною. Несомнѣнно, что явка въ судъ для обвиняемыхъ

по дѣламъ, влекущимъ лишеніе правъ, является ихъ обязанностью, но, если судъ разсмотрѣлъ такое дѣло, не вызвавъ обвиняемаго, то послѣдній можетъ ходатайствовать объ отмѣнѣ приговора, такъ какъ было нарушено его право; по дѣламъ, гдѣ явка необязательна, судъ можетъ постановить о необходимости такой явки (ст. 61 уст. угол. суд.), и тогда явка въ судъ будетъ одновременно и правомъ и обязанностью обвиняемаго. Относительно показаній стороны ст. 92 уст. угол. суд. постановляетъ, что судья выслушиваетъ сначала потерпѣвшее отъ преступленія лицо, хотя бы оно являлось обвинителемъ или гражданскимъ истцомъ. Это можетъ быть понимаемо и какъ право потерпѣвшаго дать суду свои показанія, и какъ его обязанность, если судъ признаетъ ихъ необходимыми въ качествѣ свидѣтельскихъ показаній. Совпаденіе же правъ и обязанностей у суда признается самимъ проф. Гольмстеномъ. Далѣе, мною приводятся примѣры переплетенія правъ и обязанностей суда. Я привожу въ видѣ примѣра обязанности защиты, лежащія на судѣ, и обвинительныя функціи суда по ст. 52, 313 уст. угол. суд. Въ случаѣ ст. 52 проф. Гольмстенъ признаетъ наличность „страннаго сплетенія“. Въ остальныхъ двухъ отрицаетъ. Такъ, въ ст. 313 нѣтъ сплетенія, ибо „слѣдователь—не судъ, а органъ, подготовляющій обвиненіе“, но съ отрицаніемъ судебнаго характера слѣдовательской должности едва-ли согласится какой либо процессуалистъ, а въ особенности сторонникъ теоріи процессуальнаго отношенія, который видитъ въ предварительномъ слѣдствіи двустороннее отношеніе между судомъ (т. е. слѣдователемъ) и обвиняемымъ (ср. Розинъ, стр. 319). Что же касается защитительныхъ функцій, то критикъ здѣсь видитъ очень простое явленіе: „сторона имѣетъ право требовать назначенія себѣ защитника, а этому праву соотвѣтствуетъ обязанность суда назначить такового“, упуская, повидимому, случай необходимой защиты, гдѣ защитникъ назначается судомъ безъ всякаго о томъ требованія или ходатайства стороны (ст. 882). Въ своей статьѣ я бѣгло приводилъ только примѣры, не развивая ихъ, предполагая, что суть будетъ ясна каждому спеціалисту уголовнаго процесса. Проф. Гольмстенъ истолковалъ мои примѣры по схемамъ, болѣе близкимъ къ процессу гражданскому, вслѣдствіе чего для него многое явилось необычнымъ и недоказательнымъ. Напротивъ того, со стороны спеціалистовъ уголовнаго процесса, Н. Н. Розина и Н. Н. Полянскаго, никакихъ указаній на неправильность приведенныхъ мною примѣровъ я не встрѣтилъ. Н. Н. Полянскій даже всецѣло къ нимъ присоединяется.

II.

Перехожу къ замѣчаніямъ моихъ уважаемыхъ критиковъ по поводу той конструкціи процесса, которая дана мною въ указанной уже статьѣ. Долженъ оговориться, что положительное развитіе самостоятельной теоріи не составляло центра моей по преимуществу критической статьи; я считалъ лишь необходимымъ выставить нѣкоторыя общія положенія, которыя, естественно, при своей суммарности, могли породить рядъ замѣчаній. Пользуюсь настоящимъ случаемъ, чтобы развить ихъ нѣсколько больше при свѣтѣ тѣхъ возраженій, которыя были мнѣ сдѣланы.

Основное мое положеніе сводится къ тому, что разнообразныя публично-правовыя отношенія, возникающія въ процессѣ (въ томъ числѣ отношенія сторонъ, суда, прокуратуры и т. д.), происходитъ не между судомъ и сторонами, а между государствомъ и различными органами и лицами, участвующими въ процессѣ. Это положеніе, въ принципѣ, принимается всѣми тремя моими оппонентами, но каждый изъ нихъ дѣлаетъ рядъ оговорокъ.

Н. Н. Полянскій, посвятившій этому вопросу свои главныя замѣчанія, указываетъ, что центральнымъ въ процессѣ является сложное, двустороннее, развивающееся отношеніе между обвиняемымъ и государственною властью, представляемой судомъ и обвинителемъ. Между государствомъ же, съ одной стороны, и судомъ и обвинителемъ — съ другой, нѣтъ юридическаго отношенія. Судъ и прокуратура суть лишь органы государства, между цѣлымъ же и органами не можетъ быть правоотношенія, ибо органы вообще не являются субъектомъ правъ. Въ этомъ своемъ утвержденіи Н. Н. Полянскій является послѣдователемъ теоріи, подробно изложенной въ трудахъ Лабанда и Іеллинека, которую онъ признаетъ господствующей. Въ качествѣ ученыхъ, отрицающихъ юридическую личность государства, онъ приводитъ А. И. Елистратова и Н. И. Лазаревскаго, съ утвержденіями которыхъ онъ и полемизируетъ. На нашъ взглядъ, почтенный критикъ переоцѣнилъ значеніе Лабандо-Іеллинековской теоріи. Она, правда, пользуется признаніемъ среди ряда германскихъ ученыхъ, но встрѣтила энергичныя и весьма вѣскія возраженія со стороны молодой французской школы (Дюги, Жезъ, Горіу—въ послѣднемъ изданіи своего труда) и въ нашей литературѣ (кромѣ указываемыхъ критикомъ Елистратова и Лазаревскаго,—Ященко, Паліенко, П. Покровскій). Здѣсь, конечно, не мѣсто входить въ подробное обсужденіе этого спора,

относящагося къ широкой области государствовѣдѣнія, но все-же считаю необходимымъ высказать въ нѣсколькихъ словахъ свою точку зрѣнія на этотъ важнѣйшій теоретическій вопросъ. Ученіе о государствѣ, какъ о юридической личности, на нашъ взглядъ, неустранимо при догматической конструкціи публичнаго права, ибо безъ него падаетъ вся конструкція субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, не можетъ быть обоснованъ принципъ ни національнаго суверенитета, ни единства власти. Представленіе о государствѣ, какъ о субъектѣ правоотношенія, присуще нашему правовому сознанію, и отнесеніе къ нему различныхъ правъ и обязанностей есть несомнѣнный психологическій фактъ. Юридическая личность государства отнюдь не исчерпывается „компетенціями“ различныхъ его органовъ, какъ полагаютъ „реалисты“, отрицающіе ее. Но, съ другой стороны, неправиленъ и взглядъ школы Лабанда и Іеллинека, по которому юридическая личность государства поглощаетъ юридическія полномочія отдѣльныхъ носителей власти, являющихся его „органами“. Все публичное право представляетъ собою регламентацію правъ и обязанностей различныхъ публичныхъ органовъ къ государству; каждый агентъ власти, осуществляя свои полномочія, сознаетъ себя стоящимъ въ извѣстномъ подчиненіи другимъ органамъ, сознаетъ свои права и обязанности по отношенію къ государству. Отрицать этотъ непосредственный фактъ правосознанія невозможно, и теорія, стремящаяся упразднить его, никогда не можетъ правильно объяснить существо публично-правовыхъ отношеній.

Но слѣдуетъ подчеркнуть ту мысль, что публично-правовыя отношенія органовъ власти къ государству не укладываются въ обычную схему юридическаго отношенія, выработавшагося на почвѣ конструкцій частнаго права. Въ публично-правовомъ отношеніи право и обязанность не противопоставляются такъ рѣзко другъ другу, какъ въ правѣ частномъ, вѣдающемъ „разграниченіе интересовъ“. Они часто совпадаютъ другъ съ другомъ, такъ какъ имѣютъ общимъ дестинаторомъ „общественное благо“, „общую пользу“. Характеризуя особую природу публично-правовыхъ отношеній, я употребилъ терминъ „функція“; быть можетъ, другое обозначеніе ихъ, какъ „правообязанностей“ или „полномочій“, будетъ болѣе удачнымъ. Но дѣло не въ терминѣ. Особый характеръ публично-правовыхъ отношеній еще мало разработанъ въ литературѣ публичнаго права, кое-что лишь сдѣлано при построеніи теорій, разграничивающихъ частное и публичное право. Съ такой

точки зрѣнія, думается мнѣ, нельзя отрицать наличности публично-правовыхъ отношеній между государствомъ и судьями или прокуратурой, равно какъ, съ другой стороны, нельзя ограничиться примѣнительно къ нимъ простымъ приложеніемъ цивилистической схемы правоотношенія съ ея рѣзкимъ противопоставленіемъ активнаго и пассивнаго субъектовъ правоотношенія.

Н. Н. Розинъ и А. Х. Гольмстенъ не доводятъ своихъ возраженій до столь принципіальныхъ положеній, какъ Н. Н. Полянскій. Н. Н. Розинъ пишетъ, что „легче и проще говорить не о государствѣ, а о судѣ, какъ субъектѣ процессуальнаго отношенія, памятуя лишь при этомъ, что судъ представляетъ собою государство“ (стр. 321). А. Х. Гольмстенъ, признавая всю серьезность вопроса съ теоретической точки зрѣнія и невозможность ограничиться здѣсь приложеніемъ цивилистическихъ конструкцій, говоритъ, что здѣсь мы имѣемъ нѣкоторое раздвоеніе правъ, своеобразную фигуру „двуликаго Януса, еще не тронутаго наукой“, но что „конкретнѣе, ближе къ дѣйствительности“ говорить о судѣ, какъ субъектѣ правъ, а не о государствѣ (стр. 319 и 320). Я думаю, что такіе аргументы, какъ „легкость“, „простота“, „большая конкретность“, едва-ли могутъ явиться рѣшающими въ научномъ спорѣ. Сторонники процесса, какъ юридическаго отношенія, казалось бы, должны были бы съ особенной точностью выяснить вопросъ о подлинныхъ субъектахъ этого отношенія, но вмѣсто того они по одному изъ важнѣйшихъ вопросовъ замѣняютъ теоретическія соображенія житейскими соображеніями удобства.

Что судъ можетъ быть субъектомъ публично-правовыхъ отношеній въ процессѣ, не отрицается и мною, но я указываю, что эти отношенія существуютъ не между нимъ и сторонами, а между нимъ и государствомъ. Тѣ или иныя обязанности суда установлены не въ интересахъ сторонъ, а въ публичныхъ интересахъ постановленія правосуднаго рѣшенія; стороны не диктуютъ ихъ и не освобождаютъ отъ нихъ судъ своими волеизъявленіями и дѣйствіями, самое бо́льшее—онѣ могутъ вліять на порядокъ осуществленія этихъ обязанностей [1]).

Теоріи процессуальнаго отношенія *сторонъ* къ суду я противопоставилъ взглядъ, по которому процессуальное (публично-правовое) отношеніе происходитъ между государствомъ и сторонами,

---

[1]) См. по этому вопросу приведенныя въ началѣ этой статьи замѣчанія проф. V. Lanza.

въ частности обвиняемымъ. Права обвиняемаго въ процессѣ суть субъективныя права на защиту, на подслѣдственную свободу, на безпристрастный и независимый судъ и т. д. Эта теорія публичныхъ субъективныхъ правъ нашла себѣ цѣнную поддержку со стороны Н. Н. Полянскаго [1]). Напротивъ того, Н. Н. Розинъ высказываетъ сомнѣнія по поводу необходимости „апеллировать къ конституціонному праву“ (стр. 324). По его мнѣнію, гарантіи личности крѣпче всего заложены въ процессуальномъ законѣ, а у насъ въ Россіи—въ Судебныхъ Уставахъ. По этому поводу долженъ замѣтить, что часть законодательства, въ которой заложены гарантіи правъ гражданина, нисколько не вліяетъ на ихъ характеръ. У насъ основныя положенія судебно-правового строя, еще до появленія конституціонной хартіи, были внесены въ Судебные Уставы; основные законы 1906 г. лишь повторили нѣкоторыя изъ нихъ (ср. ст. 71, 72, 75 осн. зак. и ст. 1, 8, 9, 357 у. у. с.). Въ конституціонныхъ хартіяхъ Запада количество гарантированныхъ конституціей правъ обвиняемаго значительно больше, а въ Англіи гарантія этихъ правъ издавна составляла предметъ преимущественно конституціоннаго, а не процессуальнаго законодательства (см. Magna charta, Habeas corpus act, Petition of Right, Act of Settlement и др.). Но, повторяю, признаніе субъективныхъ публичныхъ правъ еще не требуетъ необходимо возведенія ихъ въ права конституціонныя, и потому мы не можемъ признать рѣшающимъ утвержденіе проф. Розина. Нельзя думать, какъ то дѣлаетъ Н. Н. Полянскій, что отношеніемъ государства къ обвиняемому исчерпываются всѣ процессуальныя отношенія. Потерпѣвшій, гражданскій истецъ и

[1]) Н. Н. Полянскій, вполнѣ присоединяясь къ проводимой мною мысли о несовпаденіи уголовно-процессуальнаго отношенія между государствомъ и обвиняемымъ и матеріально-правового отношенія между государствомъ и преступникомъ, указываетъ на допущенную мною неправильность при изложеніи взглядовъ Бирлинга и Биндинга. По поводу взглядовъ перваго я согласенъ со сдѣланными Н. Н. Полянскимъ поправками, хотя, въ видѣ нѣкотораго смягченія, отмѣчу, что въ отождествленіи обоихъ отношеній Бирлингъ далеко не категоричен и проявляетъ самъ нѣкоторыя сомнѣнія (Strafrechtsverhältniss und Strafprocessverhältniss, стр. 315). Онъ причисляетъ уголовно-процессуальное отношеніе къ уголовно-правовому только потому, что мыслитъ послѣднее какъ множественность отношеній, въ совокупности которыхъ возможно и отношеніе государства къ обвиняемому (стр. 317). Что касается Биндинга, то его замѣчанія (Handbuch I, 192—193) не оставляютъ сомнѣнія въ различеніи имъ двухъ видовъ отношеній. Я признателенъ Н. Н. Полянскому за указаніе моего недосмотра, который объясняю только тѣмъ, что коснулся взглядовъ обоихъ ученыхъ вскользь, подробнѣе не остановившись на ихъ развитіи.

отвѣтчикъ точно такъ же стоятъ въ извѣстныхъ юридическихъ отношеніяхъ къ государству, имѣютъ свои права и обязанности въ процессѣ. Наконецъ, какъ мы указывали, и прокуратура находится въ опредѣленномъ юридическомъ отношеніи къ государству, которое, однако, строится по иной схемѣ, чѣмъ отношенія прочихъ участниковъ процесса.

Значительныя возраженія вызвали мои положенія о характерѣ участія въ процессѣ суда и сторонъ. Я характеризовалъ ихъ, какъ „соучастниковъ, осуществляющихъ совмѣстно извѣстную публичную функцію". Н. Н. Розинъ указываетъ, что эта мысль даетъ лишь простое описаніе судопроизводства, а не его опредѣленіе, и что она перестаетъ быть вѣрной, когда рѣчь идетъ о соучастіи въ постановленіи рѣшенія сторонъ.... „Не будемъ же мы, въ самомъ дѣлѣ, говорить, что приговариваемый къ смертной казни подсудимый принимаетъ участіе въ публично-правовомъ актѣ. Въ современномъ состязательномъ процессѣ подсудимый имѣетъ право молчать (ст. 685), онъ можетъ даже лгать, и эта ложь будетъ признана правомъ защиты". Н. Н. Полянскій возражаетъ противъ замѣчанія проф. Розина о томъ, что здѣсь имѣется простое описаніе процесса, замѣчая, что „часто описать явленіе значитъ и опредѣлить его, но соглашается съ его замѣчаніемъ о невозможности разсматривать дѣятельность въ процессѣ подсудимаго какъ соучастіе въ публичной функціи: „въ самомъ дѣлѣ,—пишетъ онъ,—можно ли сказать, что подсудимый, завѣдомо виновный, но отвергающій свою вину и представляющій суду доказательства своей невиновности, участвуетъ совмѣстно съ судомъ въ постановленіи правосуднаго рѣшенія?" Оба автора, однако, соглашаются, что цѣлью процесса является постановленіе справедливаго приговора (Розинъ, стр. 312, Полянскій, Юрид. Вѣстн. кн. IV). Наиболѣе обширныя возраженія противъ нашего положенія мы находимъ у проф. Гольмстена, который называетъ его даже „злосчастнымъ". Онъ указываетъ: 1) на неправильность примѣненія цивилистическаго термина „соучастіе въ сдѣлкѣ" къ отношенію суда и сторонъ, и „сложныхъ сдѣлокъ"—въ отношеніи различныхъ формъ соучастія судебныхъ органовъ другъ съ другомъ, и 2) на непріемлемость характеристики суда, какъ „нейтральнаго элемента", а сторонъ, какъ „третьихъ заинтересованныхъ лицъ".

Точная характеристика состязательнаго судебнаго порядка весьма трудна безъ предварительнаго знакомства съ классификаціей и характеристикой публичныхъ актовъ вообще. Если мною

примѣненъ былъ терминъ „соучастіе“, то я вовсе не имѣлъ въ виду придавать ему технический смыслъ, въ какомъ онъ употребляется въ той или иной спеціальной юридической наукѣ. Если бы какой-либо криминалистъ, подобно проф. Гольмстену, сдѣлавшему это съ цивилистической точки зрѣнія, попытался примѣнить его, въ техническомъ значеніи, которое понятіе „соучастія“ имѣетъ въ уголовномъ правѣ, онъ также могъ бы приписать мнѣ „чудовищныя“ утвержденія, поскольку судъ не могъ бы выступать въ роли подстрекателя, пособника или совиновника. Въ терминъ „соучастіе“ мною вкладывается только „совмѣстное участіе“, и, такъ какъ каждый актъ какъ въ частномъ, такъ и въ публичномъ правѣ есть продуктъ волеизъявленія, я характеризовалъ это совмѣстное участіе какъ „совпаденіе воль“. Отождествлять это совпаденіе воль съ „договоромъ“, какъ то приписываетъ мнѣ проф. Гольмстенъ, я никогда и не думалъ. Необходимость участія въ одномъ актѣ нѣсколькихъ воль создаетъ „сложный“ характеръ этого акта, каковымъ характеромъ и обладаетъ большинство публичныхъ актовъ. Объ этомъ еще писалъ Коркуновъ, обосновывая свою теорію „совмѣстности властвованія“ [1]). Самъ законъ неоднократно называетъ стороны „участвующими въ дѣлѣ лицами“ (ст. 475, 830, 871, 879 и мн. др.), и моя характеристика ихъ дѣятельности, какъ совмѣстнаго съ судомъ участія, казалось бы, не должна являться особенно еретической съ точки зрѣнія терминологіи. Въ самомъ дѣлѣ, въ важнѣйшихъ моментахъ процесса: въ главныхъ приготовительныхъ къ суду распоряженіяхъ, при изслѣдованіи доказательствъ, при формулировкѣ вопросовъ, при обсужденіи формальной правильности производства въ кассаціонной инстанціи и т. д., стороны „привлекаются“ къ участію въ процессѣ совмѣстно съ коронными судьями. Прокуратура и адвокатура давно уже получили названіе „содѣйствующихъ суду органовъ“, и кто станетъ отрицать, что задачей обѣихъ этихъ организацій, какъ и задачей самого суда, является „служеніе правосудію“, т. е. способствованіе постановленію правосуднаго рѣшенія. Мои оппоненты указываютъ, что подсудимый можетъ лгать, вводить въ заблужденіе судъ,—гдѣ-жъ тутъ стремленіе къ правосудному приговору? Я пойду дальше: и прокуроръ можетъ въ процессѣ стремиться къ обвиненію во что бы то ни стало, забывъ о справедливости, и судъ можетъ руководиться не справедливостью, а соображеніями политики, чувствомъ

---

[1]) Н. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права 1898 г., стр. 278.

мщенія и т. д. Но слѣдуетъ ли изъ этого, что „правосудный приговоръ“ перестаетъ быть цѣлью процесса? Когда въ области нормативныхъ наукъ идетъ рѣчь о „цѣли“, подъ нею разумѣютъ не тѣ или иныя конкретныя цѣли отдѣльныхъ дѣйствующихъ субъектовъ, а извѣстный принципъ, который нормативно опредѣляетъ дѣятельность всѣхъ участниковъ (принципъ долженствованія). При такомъ пониманіи едва-ли можно отрицать, что ложь обвиняемаго терпимая въ процессѣ, столь же несогласна съ указаннымъ нормативнымъ принципомъ, какъ и пристрастіе суда или односторонность прокуратуры. Если современный процессъ мирится съ нею, то только потому, что голословныя заявленія обвиняемаго лишены всякой доказательственной силы, а страхъ грозящаго наказанія извиняетъ пользованіе всякими средствами защиты. Если же мы вмѣсто обвиняемаго подставимъ его защитника, то несогласуемость такого поведенія съ задачами процесса станетъ для всякаго очевидной. Страннымъ кажется далѣе, что подсудимый какъ бы самъ участвуетъ въ постановленіи надъ собою приговора о смертной казни. Формулировка эта не совсѣмъ точна. Постановленіе приговора есть актъ, осуществляемый самостоятельно судебной властью. Стороны участвуютъ лишь въ изслѣдованіи дѣла и направленіи его. И фактъ такого участія несомнѣненъ, хотя бы самъ подсудимый и не проронилъ за все время слѣдствія ни одного слова. Членъ законодательнаго собранія считается „участвующимъ въ собраніи“ даже тогда, когда онъ во время скучныхъ преній мирно дремлетъ въ своемъ креслѣ.

О „нейтральности“ суда я говорю совершенно въ другомъ контекстѣ, а именно доказывая, что стороны имѣютъ права и обязанности по отношенію къ государству, судъ же стоитъ въ сторонѣ отъ этого правоотношенія, и потому онъ можетъ рѣшать объ этихъ правахъ и обязанностяхъ, какъ посредникъ. „Между чѣмъ и чѣмъ это neutrum?“—спрашиваетъ проф. Гольмстенъ. „Между государствомъ и сторонами?—Чудовищный вопросъ!“ Остановившись на этомъ, мой оппонентъ не пытается подробно разсмотрѣть этотъ вопросъ. А между тѣмъ взглядъ на судъ, какъ на посредника между государственной властью и гражданами (сторонами), не такъ уже чудовищенъ. Я позволю себѣ цитировать слова лорда главнаго судьи Англіи Альверстона: „Было время,—говорилъ онъ,—когда судьи стояли между короной и народомъ и защищали народъ. Едва-ли въ будущемъ судьямъ придется оказаться въ этомъ положеніи, но и теперь и въ будущемъ судьи призваны къ защитѣ

интересовъ народа противъ исполнительной власти“ [1]). Взглядъ на судъ какъ на посредника, сдерживающаго произволъ исполнительной власти въ отношеніи правъ гражданъ, лежитъ въ основаніи всей теоріи правового государства, и мы рѣшительно отказываемся понять, въ чемъ проф. Гольмстенъ увидѣлъ „чудовищность“ такого построенія. Такъ какъ въ уголовномъ процессѣ исполнительная власть представлена въ видѣ обвиненія, то естественно, что посредническая роль суда находитъ свое примѣненіе и между сторонами.

Конструированіе участія сторонъ въ процессѣ имѣетъ много оттѣнковъ въ зависимости отъ того, будемъ ли мы имѣть въ виду процессъ уголовный или процессъ гражданскій, процессъ съ организованнымъ представительствомъ или безъ него, чисто состязательный или смѣшанный. Поэтому и отвѣтъ о формѣ этого участія не можетъ быть простымъ. Но всѣмъ этимъ формамъ свойственна одна черта: процессуальные акты обыкновенно суть не только результатъ волеизъявленій оффиціальныхъ органовъ, но обусловлены извѣстнымъ участіемъ частныхъ лицъ, интересы и права которыхъ связаны съ разрѣшеніемъ дѣла. Въ этомъ лежитъ ихъ отличіе отъ актовъ чисто административныхъ, и это придаетъ имъ особую сложность и многообразность. Активное участіе гражданъ въ уголовномъ процессѣ есть одна изъ надежнѣйшихъ гарантій правового строя; такое участіе разсчитано на достаточное развитіе правового сознанія населенія и предполагаетъ извѣстную степень его правовой воспитанности. Поэтому, чѣмъ выше гражданское правосознаніе, тѣмъ болѣе процессъ приближается къ состязательному типу; процессъ розыскной, напротивъ того, соотвѣтствуетъ идеѣ опеки гражданскихъ правъ со стороны власти. Состязательность есть одинъ изъ элементовъ судебнаго порядка, судебный же порядокъ въ цѣломъ есть частица публичнаго строя государства. Изученіе публичнаго строя, думается намъ, только тогда можетъ быть плодотворнымъ, когда оно освѣщено широкими принципами охраны индивидуальныхъ правъ, всеобщей безопасности и общественнаго блага. Теорія процесса, какъ особаго порядка публично-правовыхъ дѣйствій, ярче другихъ теорій, по нашему убѣжденію, можетъ освѣтить силу и значеніе этихъ принциповъ, какъ устоевъ публичнаго порядка.

Въ заключеніе я позволю себѣ одно сопоставленіе. Несмотря

---

[1]) См. мои Очерки уголовнаго суда въ Англіи, 1911 г. стр. 410.

на всѣ разногласія, и мои почтенные оппоненты, и я признаемъ, что публичное судебное состязаніе есть наилучшій способъ полученія судебной истины. Мнѣ думается, что то же по отношенію къ научной истинѣ можно сказать относительно научной полемики. Въ этомъ не связанномъ строгими формами публичномъ состязаніи научныхъ убѣжденій научная мысль получаетъ бо́льшую выпуклость и тѣмъ самымъ богаче и шире проливаетъ свои лучи. Но, если судебный споръ заканчивается властнымъ приговоромъ суда, предписывающимъ, чтобы его рѣшеніе „pro veritate habeatur“, то споръ научный останавливается предъ безмолвнымъ пока и загадочнымъ будущимъ науки, и никакой авторитетъ не въ силахъ предписать, чтобы то или иное научное мнѣніе на будущее время pro veritate habeatur. Судебный конфликтъ требуетъ скораго разрѣшенія, и приговоръ по нему быстро вступаетъ „въ законную силу“, научный же споръ всегда побуждаетъ къ новымъ исканіямъ, новымъ рѣшеніямъ, при чемъ каждая сторона имѣетъ неограниченное „право пересмотра“. Если моя статья поставила предъ лицомъ нашей процессуальной науки споръ о юридической природѣ процесса болѣе рѣзко, то она явилась лишь „апелляціей“ къ нашимъ молодымъ научнымъ силамъ идти дальше по пути научныхъ исканій, а не лозунгомъ возврата къ старому. Ни одна теорія не обладаетъ абсолютной правильностью, цѣнность же теоріи измѣряется богатствомъ могущихъ быть сдѣланными изъ нея выводовъ. Теорія— только лозунгъ, но не конечная истина. Вотъ почему истинному сторонникъ и другу науки дороги не только его личныя убѣжденія, но и тѣ убѣжденія его противниковъ, которыя проникнуты, какъ и его собственныя, искреннимъ стремленіемъ къ научному свѣту и знанію.

БИБЛІОТЕКА

вопроса о ростовщичествѣ. П. Исиченко.—Отчужденіе надѣльныхъ земель по неформальнымъ актамъ. А. Н. Бутовскаго.—Преступленія скопища. Массовыя преступленія и техника ихъ разслѣдованія. В. І. Громова.—Отступное по русскому праву. К. Г. Гинкула.—Репрессія суда присяжныхъ засѣдателей. А. П. Мельникова.—Право залогопринимателя на доходы по просроченной закладной. Н. Н. Товстолѣса.—Нѣкоторые вопросы авторскаго права въ области драматической и музыкальной. М. В. Литовченко.—О госпитальныхъ завѣщаніяхъ. Э. Э. Гея.—Смертная казнь въ удѣльномъ періодѣ исторіи русскаго права. А. Лонгинова.—Обзоръ практики Высшаго Дисциплинарнаго Присутствія Правительствующаго Сената за 1911—1916 г.г. Составилъ Н. М. Рейнке.—Примѣненіе статистическаго метода въ области уголовной соціологіи. Е. Н. Тарновскаго.—Судебное изслѣдованіе личности обвиняемаго по дѣйствующему праву. М. М. Гродзинскаго.—Домицилъ въ гражданскомъ и въ конфликтномъ правѣ. М. И. Бруна.—Отвѣтственность соучастниковъ злостнаго банкротства. В. П. Ширкова.—Дреднерусская сеньерія и крестьянское закрѣпощеніе. П. И. Бѣляева.—Основныя черты правового положенія иностранцевъ на Западѣ. Ю. Хейфица.—Отвѣтъ на статью В. Случевскаго „Объ ограниченіи правъ защиты по вызову свидѣтелей". П. Кемпе.—Заслуги М. М. Ковалевскаго въ изученіи обычнаго права народностей Кавказа. С. Аваліани.—Договоры между отсутствующими. П. Н. Гуссаковскаго.—Новый проектъ положенія о нотаріальной части. К. П. Змирлова.—Производство дѣлъ о преступленіяхъ, предусмотрѣнныхъ 1 и 2 ч. 384[2] ст. улож. о наказ. С. Грицая.—Въ защиту процессуальной теоріи Бюлова. А. Гольмстена.—Отмѣна судомъ рѣшенія присяжныхъ (ст. 818 уст. угол. суд.). П. А. Ифланда.—Составленіе заемныхъ писемъ съ закладомъ движимаго имущества въ связи съ событіями послѣдняго времени. Н. И. Серебреницкаго.—О внесеніи предмета обязательства въ судъ. Л. Новоспасскаго.—Устройство сельскаго общественнаго управленія въ Закавказьѣ. С. Аваліани.—Объ отвѣтственности за измѣну и шпіонство. В. В. Волкова.—О примѣненіи Высочайшаго указа 21 февраля 1913 г. къ бѣглымъ ссыльно-поселенцамъ и ссыльно-каторжнымъ. П. Ифланда.—Возстановленіе сроковъ по уголовнымъ дѣламъ. Л. Таубера.—Къ толкованію 566 ст. ч. 1 т. X Свода зак. А. Н. Гедда.—„Изъятые" и „неизъятые" отъ тѣлесныхъ наказаній послѣ отмѣны ихъ. М. Литовченко.—Курсы окраинныхъ языковъ для кандидатовъ на должности по судебному вѣдомству и командировка въ Закавказье. А. фонъ-Дитмара.—Объ уменьшеніи преступности за время войны и о возможныхъ причинахъ этого. М. Фигурина.—О предѣлахъ примѣненія 1301 ст. 1 ч. X т. А. Бардзкаго.—Къ вопросу объ экспертизѣ по дѣламъ о поджогахъ. А. Семенцова.—Саратовскій Галкинскій учебно-исправительный пріютъ. И. Діомидова.—Недостатки законодательства о торговыхъ администраціяхъ. В. В. А-ва.—Отказъ прокурора на судѣ отъ обвиненія подсуднаго. П. А. Ифланда.—О порядкѣ направленія дѣлъ, подсудныхъ военному суду. А. Иванова.—По поводу закона 13 декабря 1915 г. Л. Иваненко.—Новое толкованіе 73 и 74 статей уголовнаго уложенія. К. Т.—Составляетъ ли опекунство общественную повинность? Н. М. Рейнке.—Судебный мораторіумъ для чиновъ дѣйствующей арміи. Д.—Практика Правительствующаго Сената по вопросу о постановленіи дополнительныхъ приговоровъ въ порядкѣ 955 ст. уст. угол. суд. А. Щипилло.—О правѣ залогодержателя на страховое вознагражденіе. П. Ананьева.—По вопросу о вліяніи Высочайшаго указа 21 февраля 1913 г. на замѣняющее денежное взысканіе личное задержаніе обвиняемаго въ случаѣ его несостоятельности. С. А.—А. А. Піонтковскій. Г. Ю. Маннса.—Основанія защиты документовъ. С. М. Поостанова.—Взысканіе желѣзнодорожныхъ сборовъ. В. А.—Статья 125 общаго устава россійскихъ желѣзныхъ дорогъ и примѣчаніе къ ней въ примѣненіи на практикѣ. Н. Товстолѣса.—О примѣненіи 356[2] статьи устава уголовнаго судопроизводства къ дѣламъ о малолѣтнихъ, подсуднымъ общимъ судебнымъ установленіямъ, судимыхъ по уставу о наказаніяхъ

С. А.—Первыя рѣшенія русскаго Высшаго призового суда въ текущую войну. В. Голубева.—По поводу статьи А. С. Ющенко „Наши слѣдователи". С. А. М.—Изъ практики Правительствующаго Сената. К. П. Зимрлова.—Право бѣдности на судѣ юридическаго лица. В. Садовскаго.—Заключенія объ измѣненіи подсудности. М. Лебедева.—Нѣсколько примѣровъ несогласованности нашихъ уголовныхъ законовъ. В. В. Волкова.—Подлежитъ ли выдачѣ вознагражденіе за путевыя издержки и дневное довольствіе свидѣтелю, явившемуся въ судъ послѣ закрытія судебнаго засѣданія, въ которое онъ призывался, и на кого должно быть возложено возмѣщеніе выданнаго такому свидѣтелю вознагражденія? П. Ифланда.—Изъ жизни общества патроната при дѣтскомъ судѣ. А. Маклецова.—Участіе присяжныхъ засѣдателей въ постановленіи приговора о наказаніи. П. А. Ифланда.—По поводу пріостановленія дѣйствія 1098 и 1099 ст. уст. объ акцизныхъ сборахъ. А. Орловскаго.—Преступное причиненіе общественной тревоги. Н. С. Тимашева.—При наличности какихъ условій объявленіе окружнымъ судомъ несостоятельности влечетъ за собою заключеніе должника подъ стражу? М. А. Гораповскаго.—Изъ практики семейныхъ раздѣловъ у крестьянъ. В. Лежнина.—О порядкѣ освидѣтельствованія осужденныхъ военными судами въ состояніи умственныхъ способностей. Б. Студенцова.—Законъ 16 іюля 1916 г. объ измѣненіи постановленій, касающихся признанія недѣйствительными сдѣлокъ, совершенныхъ должниками во вредъ кредиторамъ. Н. Сажина.—Права членовъ кооперативно-строительныхъ товариществъ на квартиры въ кооперативныхъ домахъ. А. Журавлева.—Къ вопросу о примѣненіи закона объ условномъ досрочномъ освобожденіи. Н. Быстрова.—Отсрочка исполненія приговора въ виду обвиненія осужденнаго въ новомъ преступленіи. К. Т.

Подписная плата 9 рублей въ годъ съ доставкою и пересылкою. Отдѣльныя книги продаются по 1 руб. 25 коп.

Должностныя лица, при подпискѣ **черезъ казначеевъ**, пользуются разсрочкою до 1 рубля въ мѣсяцъ съ тѣмъ, чтобы вся уплата была произведена въ теченіе первыхъ 9 мѣсяцевъ каждаго года.

Всѣ прочіе подписчики, при подпискѣ исключительно **въ Главной Конторѣ**, пользуются **разсрочкою до 2 рублей** въ мѣсяцъ съ тѣмъ, чтобы вся уплата была произведена въ теченіе первыхъ пяти мѣсяцевъ каждаго года.

Кандидаты на должности по судебному вѣдомству, лица, оставленныя при университетахъ для приготовленія къ профессорскому званію, а также студенты Императорскихъ университетовъ и Демидовскаго Юридическаго Лицея, воспитанники Императорскихъ: Училища Правовѣдѣнія и Александровскаго Лицея и слушатели Военно-Юридической Академіи платятъ,—при подпискѣ **въ Главной Конторѣ,—по 6 рублей въ годъ.**

Книжные магазины пользуются за пріемъ подписки и объявленій уступкою 10%, за продажу отдѣльныхъ книгъ—25%.

Главная контора: Книжный складъ М. М. Стасюлевича, Петроградъ, Васильевскій островъ, 5 линія д. 28.

Объявленія для напечатанія въ „Журналѣ" принимаются въ Главной Конторѣ съ платою по расчету 16 рублей за страницу и 8 рублей за полстраницы.

Редакція Журнала Министерства Юстиціи находится въ Петроградѣ, по Екатерининской улицѣ, въ зданіи Министерства Юстиціи.

Редакторъ В. О. Дерюжинскій.